

# מדוע יש להתנגד לפסקת ההתגברות?

---



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה



## מדוע יש להתנגד לפסקת ההתגברות?

עמיר פוקס

נובמבר 2022

## מהי פסקת ההתגברות?

בהיעדר חוקה פורמלית, יש בישראל חוקי יסוד המסדירים את חלוקת הסמכויות בין מוסדות השלטון ומעגנים חלק מזכויות האדם והאזרח. "פסקת ההתגברות" היא כינוי למנגנון המאפשר לכנסת לחוקק חוק ה"מתגבר" על חוק יסוד.

כאשר חוק רגיל של הכנסת סותר את חוקי היסוד (בעיקר אם מדובר בפגיעה קשה בזכויות האדם, שלא ניתן להצדיק בטענה שהפגיעה נעשתה לשם תכלית ראויה ובמידתיות), לפי פרשנות בית המשפט לחוקי היסוד ניתן לקבוע כי החוק איננו חוקתי.

במקרים אלו אם תחוקק פסקת ההתגברות היא תאפשר לכנסת לחוקק חוק שנפסל מחדש, למרות פסיקת בית משפט מפורשת המגדירה אותו כחוק הסותר חוק יסוד (כלומר, חוק שאיננו חוקתי).

לפי חלק מההצעות, פסקת ההתגברות תאפשר אפילו לחוקק חוק כזה מראש, ובעצם "לשריין" אותו מפני ביקורת חוקתית. לפי הצעות המקודמות על ידי כמה חברי הכנסת, הרוב שיידרש לשם התגברות על חוקי היסוד הוא 61 חברי כנסת. כלומר, רוב הזהה לרוב השולט בכנסת (ויש אפילו הצעות המבקשות לאפשר לכנסת לחוקק חוק רגיל, בכל רוב, נגד פסיקת בית משפט עליון). למעשה, ההצעה תאפשר לרוב לעשות כרצונו ו"להתעלם" מחוקי היסוד שהכנסת עצמה קבעה, וכן להתעלם מפסיקת בג"ץ, בין מראש בין בדיעבד.

אין מדינה בעולם, למעט קנדה (מקרה שאפשר ללמוד גם ממנו על נזקי פסקת ההתגברות), שבה הרוב יכול להתגבר כך על החוק – במחיר רוב בפרלמנט.

## 1. מדוע בישראל פסקת ההתגברות מהווה סיכון מיוחד?

פסקת ההתגברות תקנה לרוב בכנסת כוח מוחלט לחוקק חוקים למרות האמור בחוקי היסוד. בכך היא תפגע מאוד בסמכות בית המשפט לבקר ביקורת חוקתית את חקיקת הכנסת, הנשלטת על ידי הממשלה שבידיה הרוב הפוליטי. בכל מדינה יש כמה איזונים ובלמים המגבילים את כוחו של הרוב הפוליטי, אך בישראל בית המשפט העליון הוא ה"איזון" היחיד:

- בישראל אין חוקה משוריינת, אין שני בתי פרלמנט, אין נשיא הנבחר עצמאית ומחזיק בסמכויות ביצועיות, אין ביזור של הכוח באמצעות מבנה פדרלי או בחירות אזוריות, ואין מנגנונים נוספים אחרים המאפשרים איזונים ובלמים, כגון כפיפות לבתי דין בינלאומיים.
- האיזון היחיד של כוחו של הרוב הפוליטי בישראל הוא בית המשפט העליון.

**המצב המיוחד של ישראל מבחינת היעדר מנגנוני איזונים ובלמים אחרים, בשילוב פסקת ההתגברות, הפכו את ישראל לאחת הדמוקרטיות החלשות בעולם מבחינה חוקתית: לא תהיה שום הגנה על זכויות האדם או על המיעוט מפני הרוב.**

## 2. אם הרוב בכנסת נבחר ומשקף את רצון הרוב בעם, מדוע כוח מוחלט לרוב הפוליטי הוא בעייתי?

אכן, עקרון הכרעת הרוב הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה, אך מקובל בכל דמוקרטיה שהוא אינו העקרון **היחיד**, ויש לאזן אותו עם ערכים דמוקרטיים אחרים, כמו שלטון החוק, הפרדת רשויות והגנה על זכויות האדם. דמוקרטיה היא שלטון העם כולו, כולל המיעוטים והיחידים שאינם חלק מהרוב, ולכן יש לאזן את עקרון הכרעת הרוב עם הערכים הדמוקרטיים האחרים האלה.

אחד האמצעים הקריטיים בשמירה על ערכים הדמוקרטיים נוספים הוא חוקה: מסמך שאחת ממטרותיו העיקריות היא בדיקת זו - **הגבלת** הרוב הקיים בפרלמנט. החוקה קובעת בין השאר זכויות שעליהן אי אפשר להתגבר בחקיקה רגילה. אין זה אומר שהזכויות האלה מוחלטות ושלא ניתן לפגוע בהן, אלא שיש מבחנים הבודקים מתי ניתן **לפגוע** בהן ומתי לא. מבחנים אלו מבוססים בעיקר על תכלית הפגיעה ועל השאלה אם תכלית זו ראויה, וכן על השאלה אם היה אפשר להשיג את התכלית הזאת מתוך פגיעה פחותה בזכות (מבחן הנקרא "מידתיות"). ברוב המדינות בעולם, אם נחקק חוק רגיל הסותר את החוקה, התוצאה תהיה שמדובר **בחוק לא חוקתי והוא ייפסל**.

סמכותו של בית המשפט לבחון אם חוק פוגע בערך המוגן על ידי חוקי היסוד, אין משמעותה שלרוב אין כוח - אם הרוב סבור שבית המשפט טעה, הוא **יכול לתקן את החוקה**. אך למעט קנדה אין מקום בעולם שניתן "להתגבר" על החוקה בלי לתקן אותה.

יש לציין בהקשר זה שדווקא בישראל (בניגוד למקובל ברוב המדינות בעולם, שבהן נדרשים רוב מיוחד והליכים ארוכים וקשים של תיקון החוקה), **הליך תיקון חוקי היסוד הוא קל ופשוט יותר: רוב חוקי היסוד ניתנים לתיקון ברוב רגיל, וחלקם "משוריינים" ברוב המינימלי של 61 ח"כים. אפשר לתקנם אפילו בשלוש קריאות שיעשו באותו יום**. מכאן שה"חוקה" הישראלית היא חוקה חלשה ממילא, והוספת אפשרות לחברי הכנסת להתגבר על חוקי היסוד בחוק רגיל תחליש אותה עוד יותר ותהפוך אותה לחוקה חלשה ביותר, שבה המיעוטים והאוכלוסיות החלשות מבחינה פוליטית ייפגעו פגיעה קשה, בלי שיהיה מי שיוכל להגן עליהם.

## 3. אם ממילא ניתן לתקן חוקי יסוד ברוב של 61, מדוע האפשרות "להתגבר" עליהם ברוב של 61 היא שינוי מהותי?

אף על פי שחוקי יסוד משתנים בישראל בתדירות גבוהה מאוד, לפחות את חוקי היסוד העוסקים בזכויות (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק, וכן סעיפים מסוימים בחוק-יסוד: הכנסת) לא משנים לעיתים קרובות.

בהיעדר פסקת התגברות, אם הכנסת מבקשת לבטל זכויות אדם או לתקן היא נדרשת לעשות זאת בפירוש, באמצעות תיקון חוקי היסוד, ולשאת בביקורת ציבורית על כך שהיא פוגעת בזכויות אדם. לעומת זאת, במצב שניתן להשתמש בפסקת התגברות, אפשר להתייחס לתיקון כ"התגברות על פסק דין של בית המשפט",

ובכך לשווק אותו בקלות יתר. למשל, תיקון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כך ש"שוויון" לא יכלול שוויון בגיוס יהיה מהלך קשה פוליטית וציבורית הרבה יותר מאשר הכנסת פסקת התגברות בחוק הגיוס, המשדרת שאין פגיעה אמיתית בשוויון אלא פשוט בפרשנות בית המשפט לכך.

ההוכחה ל"רתיעה" של הכנסת מתיקון ישיר של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא שמשנת 1992 הכנסת מכבדת את פסיקות בית המשפט ולא תיקנה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תיקונים ספציפיים. עם זאת, הרטוריקה בכנסת לאחר כל פסיקה של בית משפט, שלפיה יש לחוקק פסקת התגברות ו"להתגבר" על פסיקות בית המשפט מוכיחה שאם הייתה אפשרות כזאת היה נעשה בה שימוש לעיתים תדירות, וסביר שאף היה מוכנס סעיף להסכמים קואליציוניים שאם יהיו פסקי דין בתחומים מסוימים (למשל בתחומי דת ומדינה) הקואליציה מתחייבת מראש שיעשה שימוש בפסקת ההתגברות בעניינם.

## 4. פסקת התגברות עלולה להגביר את העימות בין הרשויות

הפיכת פסיקות בית המשפט למעין "המלצה" שהכנסת יכולה להתגבר עליה עלולה להסלים אף יותר את העימות החזיתי, הקיים ממילא, בין בית המשפט לבין הכנסת. אומנם יש הטוענים שפסקת ההתגברות מבטאת "דיאלוג חוקתי" לגיטימי בין הרשויות, אלא שכאשר "המילה האחרונה" נתונה למחוקק, שבישראל הוא גם מכונן החוקה, אין בכך דיאלוג אמיתי אלא כוחנות חד-צדדית, ובכך ייפגע ה"דיאלוג" החוקתי הקיים כיום, המתבטא לא רק בפסילת חוקים אלא גם בכך שהכנסת, הייעוץ המשפטי וכל המערכת מודעת לכך שיש אפשרות שחוק ייפסל. כל זה ישתנה אם המילה האחרונה תישאר בכל מקרה בכנסת. במצב כזה עלולה להתפתח גם פרקטיקה שבה בית המשפט, שכאמור זהיר מאוד בפסילת חוקים, יפסול חקיקה בקלות יתרה, משום שממילא האחריות והמילה האחרונה היא של המחוקק, מצב שיגרור כאוס חוקתי גדול יותר.

## 5. פסקת ההתגברות משדרת מסר של זלזול בחוקי היסוד, במיעוטים ובזכויות האדם

לחוקה, ובישראל לחוקי היסוד, יש משמעות ומעמד מעבר למעמד המשפטי הפורמלי. חוקי היסוד הם מסמך מכונן בעל מסר חינוכי, מעין "מכנה משותף" מאחד בין האזרחים. העליונות שלהם על חקיקה רגילה מבטאת את המסר הזה. אם כל רוב בכנסת, במהלך של חקיקה רגילה, יכול לחוקק חוק הגובר על חוקי היסוד, ובמיוחד כשמדובר בזכויות האדם והמיעוט, המסר זה נפגע קשות, והמסר יהיה שבישראל יכול הרוב לפגוע בזכויות המיעוט ללא כל הגבלה או ריסון. לכך יש מחיר פנימי - דה-לגיטימציה לדמוקרטיה הישראלית בעיני המיעוט, וגם מחיר בינלאומי - פגיעה במעמדה של ישראל כדמוקרטיה.

## 6. האם יש תקדים בינלאומי לפסקת התגברות?

### התקדים של קנדה וההבדלים בין המודל הקנדי לזה המוצע בישראל

ההצדקה לפסקת ההתגברות בקנדה הייתה התעקשותה של קוויבק לשמור על אוטונומיה תרבותית בשל השוני המובהק של פרובינציה זו משאר הפרובינציות. מ-1982 נעשו בקנדה כעשרים ניסיונות להשתמש בפסקת ההתגברות, אולם אף לא אחד מהם היה מצד השלטון המרכזי, אלא רק מצד הפרובינציות.

למה אנחנו לא קנדה?

- אין בשיטת שלנו בלם אחר על כוחו של המחוקק. בקנדה כוחו של כל בית מחוקקים מוגבל מלכתחילה, ויש בלמים אחרים לכוחם של בתי המחוקקים.
- בקנדה אף לא אחד מבין בתי המחוקקים מוסמך לתקן את החוקה לבדו, ולכן האפשרות של תיקון חוקתי ספציפי אינה קיימת.
- ישראל איננה מדינה פדרלית. בקנדה יש חוקה שלמה, מוגנת ומשוריינת הכוללת רשימה מלאה של זכויות אדם. לנו אין חוקה.
- פסקת ההתגברות בגרסתה הקנדית מאפשרת חריגה רק מחלק מהוראות החוקה העוסקות בזכויות אדם, ולא מכולן. היא מאפשרת חריגה מחירויות היסוד (כגון חופש המצפון, הדת, הביטוי, ההתאספות וההתאגדות), מהזכויות המשפטיות ומהזכות לשוויון. אך היא אינה מאפשרת חריגה מהזכות לבחור ולהיבחר, מחופש התנועה ומזכויות החינוך של מיעוטים. פסקת ההתגברות אינה מאפשרת חריגה מסעיפי החוקה העוסקים במבנה המשטר או בסמכויותיהן של רשויות השלטון השונות. פסקת ההתגברות המוצעת בישראל (למשל בתזכיר חוק יסוד החקיקה) היא גורפת ויכולה לפגוע גם בזכויות האלה.
- בקנדה יש איפוק וריסון עצמי של המחוקק. בישראל יש סכסוך לאומי ביטחוני, קיטוב חברתי ודרישות הקואליציוניות, ועל כן קשה יותר לסמוך על עמדה של איפוק וריסון עצמי. קל לדמיין חקיקה הפוגעת בזכויות האדם בכלל, ובפרט בזכויות המיעוט הערבי.
- הרעיון בפסקת ההתגברות הקנדית לא היה לפגוע בבית המשפט, אלא להגן על פרובינציות ייחודיות שפחדו שהצ'רטר יפגע באוטונומיה שלהן. בישראל, לעומת זאת, הרצון של יוזמי ההצעה הוא "לדרוס" את בית המשפט.

## 8. האם בישראל יש כבר פסקת התגברות?

כן. בישראל יש פסקת התגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק. ואכן, פסקה זו הופכת את הזכות לחופש עיסוק לזכות חלשה יותר, שניתן להתגבר עליה. פסקת התגברות הוספה לחוק הזה לשם "הכשרה" של החוק למניעת ייבוא חזיר לישראל. עם זאת, יש לזכור שחוק-יסוד: חופש העיסוק עוסק בזכות אחת בלבד. לעומת זאת, פסקת התגברות היא כללית, ובעיקר יכולה להתגבר על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כל "מגילת הזכויות", הכתובה ושאינה כתובה, בדין הישראלי: הזכות לחירות, לכבוד, לפרטיות, לחופש ביטוי, לשוויון ועוד.

## 9. האם צפוי שהכנסת תשתמש בזהירות בנכוח שלה "להתגבר" על חוקי היסוד?

ישראל היא מדינה רב-תרבותית, שסועה וסקטוריאלית, ושימוש בפסקת ההתגברות עלול להביא לפגיעה במיעוטים תרבותיים. למשל, בתחום החינוך, באיסור על לבוש מסורתי או בפגיעה בזכות ללמד מורשת של מיעוט מסוים. ככל שהשסעים בין חלקי החברה חריפים וכרוניים, מתעורר חשש רב יותר שפסקת ההתגברות תסכל את ערכה של החוקה דווקא במקרים שנחיצותה מובהקת, כגון פגיעה במיעוטים קבועים שאין להם ייצוג מלא בכנסת. כמו כן, המציאות הביטחונית הרגישה בישראל עלולה לעודד שימוש בפסקת ההתגברות בחוקים ביטחוניים, אפילו לפני הביקורת החוקתית עליהם, ובכך ייפגע עוד יותר האיזון החשוב בין שמירה על הביטחון לבין שמירה על ערכים דמוקרטיים.

הרטריקה המתלהמת בשנים האחרונות נגד כל פסיקה שאיננה בבחינת "חותמת גומי" של בית המשפט על כל פעולה של הרשות המבצעת והמחוקקת יכולה לשקף את "החיים שלאחר פסקת ההתגברות" – סביר מאוד שהכנסת תשתמש בה לא מעט, ובכך תהפוך את פסיקת בית המשפט להמלצה בלבד.

